



PROCESSO Nº 0875722019-0

ACÓRDÃO Nº 309/2024

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Recorrida: OI MÓVEL S.A. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA). ACUSAÇÃO NÃO CONFIGURADA. RECURSO DE OFÍCIO. PROVIMENTO. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

- Uma vez que o auto de infração fora lavrado face empresa incorporadora, não se identifica vício ou impropriedade no lançamento consignado.
- Em respeito ao duplo grau de jurisdição, necessário se faz a prolação de uma nova decisão de primeira instância, a fim de que possa ocorrer a análise de mérito.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do Recurso de Ofício, por regular e, no mérito, pelo seu provimento, para declarar nula a decisão de primeira instância que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001483/2019-15, a fim de que possa ser lavrada nova decisão com enfrentamento das razões de mérito, sem prejuízo de preliminares que se entenda necessárias, desde que a matéria não seja coincidente com a ora versada.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.E.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 18 de junho de 2024.



EDUARDO SILVEIRA FRADE
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LARISSA MENESES DE ALMEIDA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, HEITOR COLLETT E JOSÉ VALDEMIR DA SILVA.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



PROCESSO Nº 0875722019-0

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: OI MÓVEL S.A. EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA). ACUSAÇÃO NÃO CONFIGURADA. RECURSO DE OFÍCIO. PROVIMENTO. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

- Uma vez que o auto de infração fora lavrado face empresa incorporadora, não se identifica vício ou im procedência no lançamento consignado.

- Em respeito ao duplo grau de jurisdição, necessário se faz a prolação de uma nova decisão de primeira instância, a fim de que possa ocorrer a análise de mérito.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001483/2019-15, lavrado em 30 de maio de 2019 (fis. 4 e 5), em desfavor da empresa OI MÓVEL SA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, no qual consta a seguinte acusação:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS >> Falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa: O CONTRIBUINTE, ACIMA QUALIFICADO, DEIXOU DE RECOLHER PARCELA INDEVIDA SOBRE AS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA) SUJEITAS À INCIDÊNCIA DO ICMS, EFETUADAS POR MEIO DE NOTAS FISCAIS DE COMUNICAÇÃO E TELECOMUNICAÇÃO, EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL, NA QUALIDADE DE SUCESSOR EMPRESARIAL DA EMPRESA TNL PCS S/A CCICMS Nº 16132064-3, COM O DEVER DE DILIGÊNCIA, DEIXOU DE CUMPRIR A PRERROGATIVA IMPOSTA NO § 23 DO ART. 33 DO RICMS/PB, QUE TRATA DA REGULARIZAÇÃO DO RECOLHIMENTO DOS DÉBITOS FISCAIS REMANESCENTES DOS PERÍODOS ABRANGIDOS NO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 93300008.09.00000901/2015-23 LAVRADO POR DESCUMPRIMENTO DO § 22 DO ART. 33 ACARRETANDO A IMPOSSIBILIDADE DE FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL ESTABELECIDO NA ALÍNEA B DO INCISO XI DO ART. 33 DO RICMS PB, APROVADO PELO DECRETO Nº 18930/97, REFERENTE À REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DE FORMA QUE A CARGA



TRIBUTÁRIA SEJA REDUZIDA PARA 10% NO LEVANTAMENTO EFETUADO PELA FISCALIZAÇÃO PARA A APURAÇÃO DOS VALORES AUTUADOS, CONSIDERAMOS A TRIBUTAÇÃO DO ICMS INTEGRAL (28%), DEDUZINDO O VALOR DO ICMS DECLARADO/RECOLHIDO. A AUDITORIA FOI REALIZADA POR MEIO DA ANÁLISE DOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS DO CONVÊNIO ICMS 115/03 BEM COMO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD), QUE SERVIRAM DE BASE PARA A ELABORAÇÃO DO ANEXO I - DEMONSTRATIVO DAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA) QUE DEIXARAM DE SER TRIBUTADAS PELA REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO (MÍDIA CD-ROM), QUE INTEGRAM O PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO. O VALOR DA REPERCUSSÃO TRIBUTÁRIA É IGUAL AO VALOR DO ICMS LEVANTADO, HAJA VISTA A ININTERRUPTA EXISTÊNCIA DE SALDO DEVEDOR NO PERÍODO AUDITADO, SENDO DESSE MODO RECONSTITUIÇÃO DA CONTA GRÁFICA.

Em decorrência destes fatos, às Autoridades Fazendárias lançaram de ofício o crédito tributário total de **R\$ 128.443,17** (cento e vinte e oito mil, quatrocentos e quarenta e três reais e dezessete centavos), sendo **R\$ 84.295,44** (oitenta e quatro mil, duzentos e noventa e cinco reais e quarenta e quatro centavos) de ICMS, por inobservância ao art. 106 do RICMS/PB; **R\$ 42.147,73** (quarenta e dois mil, cento e quarenta e sete reais e setenta e três centavos) de multa, com fulcro no art. 82, II, "e" da Lei nº 6.379/96.

Cientificada pessoalmente em 30/05/2019 (fl. 5), a atuada ingressa com reclamação tempestiva, contrapondo-se à acusação com as seguintes afirmações:

- a. O art. 106 do RICMS/PB é extenso, não sendo possível saber qual foi a suposta infração cometida;
- b. Os créditos tributários anteriores a 30/05/2014 encontram-se fulminados pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN;
- c. O direito veda a retroatividade do próprio direito;
- d. Um auto de infração lavrado em 2015 não pode servir de fundamento para o cancelamento de sistemática legal que já tinha sido observada pelo contribuinte em 2014;
- e. O contribuinte tinha o direito de aplicar o art. 33, XI, "b" nos meses acusados nos autos de infração;
- f. A multa imputada deve ser cancelada porque se baseia em dispositivo legal inaplicável à situação apresentada nos autos;

Por fim, a Impugnante requereu, preliminarmente, a nulidade do auto de infração por vício na fundamentação, a decadência dos lançamentos anteriores a 30/05/2014, e no mérito a improcedência da exigência fiscal, assim como que a multa aplicada seja cancelada; e que as intimações sejam feitas em nome de seu procurador.

Conclusos os autos, às fls. 72, foram os mesmos remetidos à Gerência Executiva de Processos Fiscais - GEJUP, tendo sido, nos termos regimentais, distribuídos ao Julgador Fiscal Francisco Nociti, o qual lavrou decisão pela improcedência do Auto de Infração, nos termos sintetizados na ementa abaixo exposta:



FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO (TV POR ASSINATURA). ACUSAÇÃO NÃO CONFIGURADA.

Os elementos e fatos apresentados nos autos não corroboraram a acusação.

AUTO DE INFRAÇÃO IMPROCEDENTE

Em observância ao dispositivo no artigo 80 da Lei nº 10.094/13, os autos foram submetidos em sede de Recurso de Ofício a esta instância *ad quem*.

Cientificada da decisão de primeira instância, via DTe, em 19/07/2021 (fls.86), a autuada não mais se manifestou. Os autos foram, nos termos regimentais distribuídos à esta relatoria para apreciação e julgamento, não sem antes submete-los à realização de diligência fiscal (fls. 88), por meio do qual requereu-se dos fiscais exposição de motivos e/ou demonstração de comprovações que assentam a qualidade de sucessor empresarial da OI MOVEL S.A – EM RECURPERAÇÃO JUDICIAL em relação à TNL PCS S.A, eis que à época do fato gerador (01/05/2014 a 30/06/2014) a empresa TNL PCS S.A. encontrava-se ativa, posto que somente tivera a baixa homologada em 21/09/2018, ao passo que o auto de infração fora lavrado em 30/05/2019.

Em Manifestação Fiscal (fls. 107), assentou o r. auditor:

Discordamos veemente da decisão do julgador singular quando anulou o lançamento, efetuado em cumprimento a consolidado entendimento de que, devem figurar coo autuados, nos casos de sucessão empresarial, onde no momento da lavratura da peça acusatória já se tenha a devida informação cadastral sobre a incorporação efetuada, agravado pela conseqüente extinção (liquidação) da empresa incorporada, pela empresa incorporadora.

Desta forma, desnecessária para o mérito a juntada de demais elementos para o julgamento da lide. A presente autuação recai sobre a empresa sucessora justamente por fato continuado, que teve como origem descumprimento de pressuposto para manutenção de beneplácito fiscal, descumprimento este originado muito antes do fato gerador em questão, assumindo os presentes lançamentos mera atualização de períodos ainda não contemplados no Auto de Infração nº 93300008.09.00000901/2015-23, e cuja condição de não regularização ainda persiste até a presente data, sendo objeto desde a data da inadimplência orginal, de lançamentos sucessivos, para exigência legal do quantum tributário a ser recolhido, inclusive quanto aos demais períodos supervenientes aos citados.

Eis o relatório.



VOTO

Versam os autos acerca da falta de recolhimento do ICMS, nos termos explanados pela nota explicativa que acresce a acusação.

A primeira instância de julgamento, com efeito, entendera pela improcedência da acusação, em síntese, por entender que à época do fato gerador da obrigação evidenciada, a TNL PCS S/A era empresa diversa da Oi Móvel S.A., operando, cada uma delas, de maneira autônoma e independente e, se no ano de 2015 já houvesse algum cenário que demonstrasse a incorporação empresarial, o AI nº 93300008.09.00000901/2015-23 já teria sido constituído tendo como autuada a Oi Móvel S.A, não sendo plausível considerar que a última, no exercício de 2014, não se encontrava em dia com as obrigações que cabiam àquela empresa TNL PCS S/A.

Isso posto, concluiu:

Com isso, é inadequado que retroaja a condição de sucessora empresarial e se exija que o contribuinte, ora autuado, houvesse recolhido o ICMS relativo às suas prestações de serviço de televisão por assinatura ocorridos nos meses de maio e junho de 2014, com base de cálculo sem redução – em virtude do afastamento do art. 33, XI do RICMS/PB, por causa da Falta de Recolhimento do ICMS, exigido através do AI em desfavor de outra empresa, denominada TNL PCS S/A

(...)

O presente Auto de Infração, cuja manutenção denotaria corroborar a possibilidade do “desfazimento” de um procedimento adequadamente adotado pela Oi Móvel S.A. nos meses de maio e junho de 2014, momento em que a própria SEFAZ-PB enxergava as empresas TNL PCS S/A e Oi Móvel S.A como distintas, pois ambas se encontravam com suas inscrições ativas no CCICMS/PB.

Caso este Julgador se coadunasse com a interpretação dada pelos Auditores, estaria ratificando a possibilidade de penalizar a empresa por atos cometidos por outra empresa distinta, sendo, na época dos fatos geradores, a conduta e procedimentos adotados pela empresa ora autuada, estavam em consonância com a legislação de regência, pois o sujeito passivo (Oi Móvel S.A.) encontrava-se regular com o cumprimento de sua obrigação principal (cinditio sine qua non para usufruir das prerrogativas do art. 33, XI do RICMS/PB)

(grifos do original)



Com efeito, é de amplo conhecimento que a empresa TNL PCS S.A. fora incorporada pela empresa Oi Móvel S.A. A operação fora aprovada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em 29 de janeiro de 2015, tanto que a matéria fora amplamente veiculada na mídia, como se pode observar:



exame.

continuar lendo.

Cade aprova operação entre TIM Celular, Oi Móvel e TNL PCS

A concentração das três operadoras foi aprovada

Não bastasse, verifica-se, inclusive, que no SINTEGRA/ICMS desta SEFAZ-PB, desde 20 de setembro de 2018 a empresa TNL PCS S.A. tivera sua inscrição baixada:

SINTEGRA/ICMS - Consulta Pública ao Cadastro da Paraíba

Consulta realizada em 16/06/2024 21:35:17

Cadastro atualizado on-line

Dados do Contribuinte

| | | | |
|---------------------------------------|--|---------------------|----------------|
| CNPJ | 04.164.616/0016-35 | Inscrição Estadual: | 16.132.064-3 |
| Razão Social: | TNL PCS S/A | | |
| Logradouro: | AV PRESIDENTE EPITACIO PESSOA | | |
| Número: | 660 | Complemento: | SALA A - PARTE |
| Bairro: | TORRE | | |
| Município: | JOAO PESSOA | UF: | PB |
| CEP: | 58040-000 | Telefone: | (83)3131-2079 |
| Atividade Econômica: | 6120-5/01 - TELEFONIA MOVEL CELULAR (ICMS) | | |
| Regime de Pagamento: | NORMAL | | |
| Situação Cadastral Vigente: | Não Habilitado | | |
| Data da Última Atualização Cadastral: | 20/09/2018 | | |

Ademais, este e. Conselho de Recursos Fiscais, inclusive, tem diversos processos julgados em que se atribuiu à OI Móvel S.A. a obrigação de tributos devidos pela TNL PCS S.A, conforme se pode observar de caso em muito semelhante ao presente:

PROCESSO Nº 0765142021-7
e-processo nº 2021.000113404-1



ACÓRDÃO Nº 0655/2022

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: OI MOVEL S.A. - EM RECUPERACAO JUDICIAL

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS
FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA
GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuantes: EDUARDO SALES COSTA E JOÃO ELIAS COSTA FILHO

Relator: CONS.º LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA.

PRELIMINARES. REJEITADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. PERDA DO BENEFÍCIO FISCAL POR INOBSERVÂNCIA AO REGULAR CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL. INFRAÇÃO CARACTERIZADA. MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- Nulidade rejeitada em razão de estarem presentes todos os elementos essenciais à validade jurídica da peça acusatória, bem como se encontrar disponibilizado nos autos a documentação instrutória que serviu de base para a acusação em epígrafe, garantindo ao sujeito passivo as condições necessárias ao exercício de seu direito a ampla defesa e ao contraditório. –

A fruição do benefício fiscal de redução de base de cálculo de que trata o art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB, está condicionada ao regular cumprimento da obrigação tributária principal. A incorporadora responde pelo pagamento do imposto devido pela incorporada referente aos fatos ocorridos até a data da incorporação. Portanto, ao não efetuar o pagamento dos créditos tributários lançados através do auto de infração nº 93300008.09.00000901/2015-23 a autuada incorreu no descumprimento de obrigação tributária principal, deixando de ter direito à fruição do benefício fiscal de redução de base de cálculo de que trata o art. 33, XI, “b”, do RICMS/PB, desde a data em ficou verificada o inadimplemento, na forma do § 22 do citado artigo.

Isto posto, é de amplo conhecimento que a empresa OI Móvel S.A. é sucessora da TNL PCS S.A., o que, inclusive, é inconteste, uma vez que a autuada não se manifestara negando a operação em momento algum dos autos.

Saliente-se, ademais, que à época da lavratura do auto de infração (30/05/2019) a TNL PCS S.A., inclusive, já estava baixada, conforme se evidencia do Sistema SINTEGRA desta Secretaria.

Com efeito, o artigo 132, caput, do CTN, prescreve a responsabilidade tributária da sucessora/incorporadora nos tributos devidos até a data do ato, porém o parágrafo único do mesmo dispositivo estende a responsabilidade aos casos de extinção da pessoa jurídica quando a incorporada, de outra razão social, segue na mesma atividade da incorporada. Vejamos:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.



Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Neste sentido, à época da lavratura do Auto de Infração, alternativa outra não havia que não o assentar perante a sucessora empresarial, notadamente a ora autuada.

Isto posto, considerando-se que não pairam dúvidas acerca da incorporação das empresas e da responsabilidade da sucessora, ora autuada, bem como considerando que primeira instância de julgamento não enfrentara o mérito, em respeito ao duplo grau de jurisdição, depreendido do art. 5º, LV da Constituição Federal, entende-se que mais adequado seria declarar a nulidade da referida decisão, a fim de que possa ser, naquela instância *a quo*, elaborada nova decisão com enfrentamento de mérito da matéria, sem prejuízo de outras preliminares que se entenda por necessário.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do Recurso de Ofício, por regular e, no mérito, pelo seu provimento, para declarar nula a decisão de primeira instância que julgou improcedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001483/2019-15, a fim de que possa ser lavrada nova decisão com enfrentamento das razões de mérito, sem prejuízo de preliminares que se entenda necessárias, desde que a matéria não seja coincidente com a ora versada.

Intimações à cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Tribunal Pleno, sessão realizada por videoconferência em 18 de junho de 2024.

Eduardo Silveira Frade
Conselheiro Relator